

IMPUTACIÓN FÁCTICA Y JURÍDICA*

*Alberto Hernández Esquivel***

Tanto la jurisprudencia como la doctrina han tenido disímiles posturas en cuanto a la congruencia que debe existir entre la calificación jurídica dada en la acusación y la sentencia.

En vigencia del Código de Procedimiento Penal contenido en el Decreto 409 de 1971, se sostuvo por la jurisprudencia que la congruencia entre la calificación jurídica dada en la acusación y la sentencia debía ser absoluta, tanto que en el caso de que existiera error del funcionario calificador en esta materia o en el evento de que la prueba practicada en juicio pusiera en evidencia que realmente la conducta se subsumía en un tipo penal ubicado en capítulo o título distinto del delito considerado en el acto de calificación, la única posibilidad de corrección era la nulidad con efecto retroactivo hasta el acto calificador para que, mediante el proferimiento de nueva providencia acusatoria, pudiera ser enmendada.

La situación permaneció sin modificaciones en el Decreto 050 de 1987, pues en esta materia no se hizo cosa distinta a repetir la norma anterior sin incluir mayores modificaciones (num. 3 art. 471), pues solo se permitía la introducción en el fallo de cambios de la calificación jurídica dada en la acusación, únicamente cuando lo fuera dentro del mismo título y capítulo, pues de lo contrario, si el nuevo delito estaba contenido en capítulo distinto, era jurídicamente improcedente proferir el fallo por el nuevo delito y no había alternativa distinta a declarar la nulidad para que se calificara correctamente.

* Conferencia pronunciada en las XXVII Jornadas Internacionales de Derecho Penal, realizadas los días 24, 25 y 26 de agosto de 2005, Bogotá, Universidad Externado de Colombia.

** Profesor ordinario del Departamento de Derecho Penal y Criminología, Universidad Externado de Colombia.

Posteriormente, el artículo 32 del Decreto 1861 de 1989 dispuso lo siguiente: “Cuando la calificación provisional o elemento estructurante del hecho punible imputado en la resolución de acusación, no corresponda a los hechos controvertidos en el sumario, o, exista prueba sobreviviente que los modifique, el juez proferirá auto interlocutorio en que precise claramente las variaciones que introduce a la resolución de acusación. Esta providencia podrá adoptarse durante la etapa de juzgamiento, y antes de que concluya la diligencia de audiencia pública”.

Esta norma constituyó una respuesta adecuada al desarrollo lógico del proceso, pues no debe olvidarse que en la etapa del juicio el juez ordinariamente decreta pruebas, bien porque las hayan pedido las partes o porque considere necesario decretarlas de oficio, siempre que sean conducentes y pertinentes. Puede ocurrir que practicadas estas, la calificación jurídica dada a los hechos en la resolución de acusación resulte desvirtuada, o acreditada circunstancia agravante; en este último caso, para dejar a salvo el derecho de defensa, debe ponerse en conocimiento de los sujetos procesales, para que si lo tienen a bien, desarrollen las gestiones que sean del caso. Por eso, el inciso tercero de la precitada norma disponía: “Ejecutoriado el auto que varía la calificación, el proceso quedará a disposición de las partes durante el término de 3 días, previa constancia secretarial, para que las partes soliciten pruebas”, pues tampoco podía sorprenderse a los sujetos procesales con una nueva calificación jurídica que comprometiera sus intereses en forma más gravosa a como había sido prevista en la acusación.

Tras la reforma constitucional de 1991 se crea la Fiscalía General de la Nación y se expide el nuevo Código de Procedimiento Penal –Dcto. 2700 de ese año–; en este nuevo estatuto, al igual como ocurrió en el Decreto 409 de 1971, se estableció como requisito formal de la resolución de acusación en el numeral 3 artículo 442 el de “La calificación jurídica provisional con señalamiento del capítulo dentro del título correspondiente del Código Penal”, pero se omitió, en ese estatuto, prever, de manera expresa, mecanismos legales que hicieran operante la calidad de provisional de la calificación jurídica dada en la resolución de acusación. Esta circunstancia determinó que en la praxis judicial se asumieran las consecuencias de un sistema normativo según el cual “Es característica la inmutabilidad del hecho y la denominación jurídica que recibe. Por consiguiente, la adecuación típica contenida en el pliego de cargos, es inmodificable y sólo puede ser cuestionada a través de la nulidad”¹.

En la misma edición de la obra citada y en vigencia del Código de Procedimiento Penal contenido en el Decreto 2700 de 1991, los profesores citados, en un amplio y sistemático estudio del fenómeno, concluyeron que “puede hacerse cambio a la adecuación típica realizada en la acusación o a cualquier elemento del hecho punible, pero es supuesto procesal la existencia de un acto expreso, previo a la sentencia, que contenga de manera clara y precisa la modificación hecha al calificatorio”².

1 JAIME BERNAL CUÉLLAR y EDUARDO MONTEALEGRE LYNETT. *El proceso penal*, 3.ª ed., Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 1997, p. 492.

Desde el año de 1993, con base en las disposiciones contenidas en el Decreto 2700 de 1991, se sostuvo de manera insular por la jurisprudencia que lo esencial de la resolución de acusación era la imputación fáctica y que la calificación jurídica provisional era un requisito simplemente formal que podía ser variado si se dejaba a salvo el derecho de defensa³; postura que no compartió la Corte Suprema de Justicia cuando se ocupó del recurso de casación, pues a pesar de las ventajas a las que aludió con un sistema como el acogido mayoritariamente por la Sala del Tribunal, a juicio de la más alta corporación de justicia, las normas entonces vigentes no permitían la introducción de cambios a la calificación jurídica por la exigencia de que en la resolución de acusación debía tipificarse la conducta dentro del título y capítulo respectivo, exigencia que era indispensable para la congruencia⁴.

Estos antecedentes jurisprudenciales, reiterados a lo largo de la vigencia del Decreto 2700 de 1991 por la Sala Penal, determinaron que el fallo de la Corte Constitucional que declaró exequible la norma que disponía que la calificación jurídica dada en la resolución era “provisional” (num. 3 art. 441)⁵, a pesar de su efecto *erga omnes*, no tuviera aplicación; porque, además, tampoco el órgano superior de control constitucional señaló el camino para hacer efectivo el mandato normativo del carácter provisional de la imputación jurídica señalada en la resolución de acusación, y no lo hizo porque no estaba en su estricto ámbito de competencia.

Esta situación originó que en la Ley 600 de 2000 se estableciera en el artículo 404 la posibilidad de cambio de la calificación jurídica provisional, por error en la calificación o por prueba sobreviviente, en aspectos como “elemento básico estructural del tipo, forma de coparticipación o imputación subjetiva, desconocimiento de una circunstancia atenuante o reconocimiento de una agravante que modifiquen los límites punitivos”. En la misma norma se reservaba la iniciativa y posibilidad de modificación al fiscal, probablemente porque el legislador consideró, dentro del sentido de la doctrina y jurisprudencia de entonces, que este aspecto hacía parte de la facultad constitucional acusadora asignada a la Fiscalía General de la Nación que conservaba durante todo el juicio.

El primer pronunciamiento de la Corte Constitucional contra esta postura y que constituyó un punto de partida importante para delimitar las funciones constitucionales del fiscal y del juez, está contenido en la sentencia C-620 de 2001, que declaró exequible, entre otros, el inciso 2.º numeral 2 artículo 404 de la Ley 600 de 2000, y con relación a su alcance anotó:

2 Ibid., p. 504.

3 Tribunal Superior de Bogotá. Sentencia del 20 de septiembre de 1993, M. P.: JORGE ALBERTO HERNÁNDEZ ESQUIVEL.

4 Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal. Casación del 14 de mayo de 1996, M. P.: DÍDIMO PÁEZ VELANDIA.

5 Corte Constitucional. Sentencia C-491 del 26 de septiembre de 1996, M. P.: JOSÉ GREGORIO HERNÁNDEZ.

Se entiende que la resolución de acusación no es definitiva ya que el proceso penal no se agota en la etapa de instrucción, de modo que durante la etapa de juzgamiento el juez puede modificarla si, luego del análisis del acervo probatorio, encuentra que el delito establecido por el fiscal en la acusación no corresponde a la conducta realmente llevada a cabo por el procesado. Es inadmisibles entender que la posibilidad de modificar la calificación jurídica vulnera el derecho de defensa, ya que sería absurdo sostener que su protección radica en la permanencia en el error o la omisión en que haya podido incurrir el fiscal al proferir la providencia. Adicionalmente, la provisionalidad de la calificación responde a la necesidad del derecho al debido proceso, toda vez que protege la presunción de inocencia, la cual sólo se desvirtúa con la sentencia condenatoria.

En el mismo fallo la Corte no deja duda alguna sobre la posibilidad de que “el funcionario o corporación a cuyo cargo se encuentra la decisión final debe estar en condiciones de modificar, parcial o totalmente, las apreciaciones con base en las cuales se inició el proceso”⁶.

Sobre este aspecto ha de hacerse la precisión que la Corte Constitucional se ocupó en dos oportunidades del estudio del inciso 2.º numeral 2 artículo 404 de la Ley 600 de 2000; en la primera decidió, con base en los argumentos transcritos, que era exequible el mandato legal que le permitía al juez declarar la nulidad de la resolución de acusación por errónea calificación, examen que cumplió desde un punto de vista material tal como se lo había planteado el demandante; posteriormente, en relación con múltiples demandas en que se planteaban problemas de carácter formal en el trámite de la ley, la Corte, en la sentencia C-760 del 18 de julio de 2001, declaró inexecutable el inciso, pues en los debates del Congreso siempre se había consagrado un párrafo del siguiente tenor: “En ningún caso procederá la nulidad por error en la calificación jurídica”.

Sobre la competencia del juez para introducir variaciones a la calificación jurídica provisional dada en la resolución acusatoria insiste la Corte, en forma mayoritaria, en la sentencia C-1288 de 2001, y advierte que debe hacerse “por un juez independiente e imparcial, que esté en capacidad de variar la imputación, sin pronunciarse sobre la responsabilidad del procesado”⁷. Frente a este pronunciamiento salvó voto el magistrado UPRIMNY YEPES, no por considerar que el juez no está facultado para hacer la modificación, sino porque, en su criterio, se ha debido condicionar el fallo en el sentido de que, en esos eventos, cualquiera de los sujetos procesales debe poder recusar al juez por el cambio de calificación jurídica y de esta manera garantizar un juez imparcial.

6 Corte Constitucional. Sentencia C-620 de 13 de junio de 2001, M. P.: JAIME ARAÚJO RENTERÍA.

7 Corte Constitucional. Sentencia C-1288 del 5 de diciembre de 2001, M. P.: ÁLVARO TAFUR GALVIS.

La Corte Suprema de Justicia en auto del 14 de febrero de 2002⁸ hizo un amplio estudio sobre el fenómeno jurídico de la variación de la calificación jurídica provisional y su incidencia en relación con la congruencia. En primer lugar recogió la añeja tesis de que las variaciones solo pueden hacerse dentro del título y capítulo señalado en la resolución de acusación; en segundo lugar, reconoció que la calificación jurídica provisional no es inmodificable; en tercer lugar, que la modificación no solo puede hacerse a instancia del fiscal sino también del juez que conozca del juicio, cuando advierta la necesidad de introducir la modificación.

Aspecto importante del fallo de la Corte tiene que ver con la naturaleza jurídica del acto que introduce la modificación, pues la incorporación parte de la base que como es para salvaguardar el derecho de defensa, las variaciones que eventualmente introduzca la fiscalía o el juez son “simples posiciones jurídicas” para ser consideradas en el debate por los sujetos procesales, pero de ninguna manera se desplazan una a otras; por lo tanto bien pueden subsistir la dada por el fiscal en la acusación, la que en el curso de audiencia considera el fiscal que debe ser, obviamente cuando es distinta a la original, y la que el juez cree que corresponde a los hechos que constituyen el objeto del proceso; por eso, para efectos de congruencia, expone la Corte: “La resolución de acusación, su mutación y la manifestación del juez sobre la necesidad de hacerlo no se excluyen para efectos de la congruencia, por lo que la sentencia puede armonizarse con cualquiera de ellas”⁹.

Nuevamente la Corte Constitucional se ocupa del tema en la sentencia C-199 de 2002, y como síntesis de las distintas posturas consigna en el fallo: “Así las cosas, si bien hoy en día la ley procesal no contempla expresamente la declaratoria de nulidad de la resolución de acusación por la divergencia de criterios entre el juez y el fiscal en relación con la calificación de la conducta punible, ello no es óbice que impida al juzgador (sin necesidad de declarar nulidad) efectuar su propia calificación, manifestándolo así en el momento de la audiencia con la exposición de los motivos que sustentan la determinación. Esta facultad judicial debe ser reconocida, pues no hay obstáculo constitucional que la impida, siendo además necesaria para efectos de la consonancia entre la acusación y la sentencia, requerida en salvaguardia del derecho de defensa”¹⁰.

En el mismo fallo la Corte Constitucional discurre sobre la congruencia, pero, a diferencia de la Corte Suprema que argumenta que esta puede hacerse con la calificación original, con la modificación introducida por el fiscal o con la propuesta por el juez sin que ello implique desconocimiento de garantías, sostiene: “En todo caso,

8 Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal. Auto del 14 de febrero de 2002, rad. 18457, M. P.: JORGE E. CÓRDOBA POVEDA.

9 Ídem.

10 Corte Constitucional. Sentencia C-199 del 19 de marzo de 2002, M. P.: MARCO GERARDO MONROY CABRA.

para la garantía del derecho de defensa, en el sistema legal diseñado, debe existir un solo punto de referencia para la determinación de la congruencia, que puede ser únicamente la acusación, cuando no hubo cambio en el juzgamiento, o la acusación y las expresas modificaciones de la misma en el juicio, que se consideran integradas a la acusación. Es decir, el cambio producido por el fiscal o el juez, se considera parte integral de la acusación, y es este acto complejo (resolución de acusación y cambio del fiscal o resolución de acusación y cambio del juez) el que constituye el marco de referencia para la congruencia¹¹; de donde se deduce que cuando el juez introduce la variación de la calificación jurídica provisional, así el fiscal haya propuesto una distinta, es la del juzgador la que cuenta para el fenómeno de la congruencia entre acusación y sentencia.

I. RELACIONES ENTRE LA IMPUTACIÓN FÁCTICA Y LA CALIFICACIÓN JURÍDICA PROVISIONAL EN EL NUEVO SISTEMA

Ni el sistema inquisitorio, ni el acusatorio, ni las formas mixtas en que ordinariamente se presenta, han desconocido que el objeto del proceso se asienta en supuestos fácticos que deben estar presentes en el acto de acusación, pero no han sido uniformes en la consideración sobre la calificación jurídica de la conducta que es objeto de investigación dentro del proceso penal, pues, como se verá más adelante, la diferencia radica en que en algunos sistemas denominados normativos, la calificación jurídica dada en la resolución de acusación tiene carácter vinculante y obviamente es del manejo del acusador, mientras que para el resto, el carácter vinculante solo está referido al supuesto fáctico esencial y corresponde, en últimas, al juez hacer la calificación jurídica definitiva del supuesto fáctico probado.

El derecho procesal penal ha sido caracterizado por algunos como instrumental, vale decir que no es un fin en sí mismo, sino que debe su razón de ser a la realización del derecho material y al establecimiento de garantías para la investigación y juzgamiento propias de un Estado social de derecho. No debe olvidarse que cuando se trata del proceso penal este solo se activa en presencia de la posible comisión de un delito y, obviamente, sólo la ley, en ejercicio del *ius puniendi* y con las limitaciones materiales impuestas por los valores constitucionales, puede prohibir la realización de conductas, tal como lo establece el numeral 2 artículo 150 C. N.

Por ese carácter instrumental, el principio de legalidad se maneja desde una doble óptica. En primer lugar, sólo ante la posibilidad de que se haya cometido un delito podrá adelantarse investigación contra una persona, lo que supone la preexistencia de la norma sustancial; en segundo lugar, la forma como se investiga y juzga debe aparecer también previamente previsto en la ley, pues el proceso no es más que for-

11 Ídem.

mas estandarizadas de administración de justicia donde el sujeto pasivo de la acción penal conoce previamente los pasos institucionales que se agotarán y las garantías con las cuales contará dentro de la investigación y juzgamiento, las cuales no podrán modificarse para hacerlas más gravosas.

La vinculación entre el derecho sustancial y el instrumental es de tal entidad que mal podría tolerarse que se adelantaran investigaciones contra ciudadanos respecto de los cuales no exista ningún motivo fundado para creer que han realizado una conducta punible, pues no debe olvidarse que el ejercicio de la facultad de investigar implica unas atribuciones a los órganos estatales que se manifiestan en la posibilidad de interferir en los derechos fundamentales de la persona investigada, interferencias que en ocasiones son de una gravedad indiscutible y que en todo caso no tiene porqué padecerlas el integrante de la comunidad respecto del cual no existen motivos legales fundados para adelantar la investigación.

Es indudable que de las normas constitucionales se infiere claramente esta garantía, pues el artículo 6.º C. N. prevé la responsabilidad de los particulares por infracción a la Constitución y la ley, y en el campo del derecho penal esta garantía cobra más importancia porque antes de activar cualquier investigación debe singularizarse la fuente legal que genera la probable responsabilidad penal para el ciudadano, pues no debe olvidarse que el principio de legalidad es de escrupuloso manejo en el campo penal por las graves incidencias que tiene su desconocimiento para las reglas de convivencia y la vigencia de un orden justo como componente de los fines esenciales del Estado, tal como establece el artículo 2.º C. N.

Pero aún es más claro y específico el mandato contenido en el artículo 2.º del Acto Legislativo 03 de 2002, modificatorio del original artículo 250 C. N., cuando señala, como función de la Fiscalía General de la Nación, la de “adelantar el ejercicio de la acción penal y *realizar la investigación de los hechos que revistan las características de un delito* [...] siempre y cuando medien suficientes motivos y circunstancias fácticas que indiquen la *posible existencia del mismo*” (cursiva fuera de texto), por manera que esta normas en concordancia con el artículo 6.º, sólo permite la investigación por la fiscalía de conductas respecto de las cuales existan motivos razonables para considerar que se realizaron y que ellas corresponden a un delito.

De las normas constitucionales reseñadas puede concluirse que si bien es cierto que la realización de una conducta constituye la base de responsabilidad penal y por ende el objeto del proceso, no se trata de cualquiera sino de aquellas que encuentran una correspondencia con el orden jurídico, vale decir, que se hallan prohibidas por una ley, por lo cual desde ahora ha de predicarse que en el orden constitucional no puede defenderse la postura de una imputación fáctica sin referencia a una concreta imputación jurídica.

El nuevo Código de Procedimiento Penal –Ley 906 de 2004– que desarrolló el Acto Legislativo 03 de 2002, como era obvio, siguió la línea constitucional contenida en el acto legislativo, pues las distintas normas, si bien es cierto privilegian la denominada imputación fáctica en las diversas etapas procesales, siempre lo hacen, como es apenas natural, en relación con la probable comisión de un delito, el cual no puede tener fuente distinta a una prohibición de conducta prevista en una norma de carácter penal por sujeción al principio de legalidad.

Basta hacer un rastreo normativo para advertir esta postura en el Código; es así como en las atribuciones de la fiscalía señala la de “investigar y acusar a los presuntos responsables de haber cometido un delito” (num. 1 art. 114); en cuanto a la indagación e investigación señala como función la de “realizar la indagación e investigación de los hechos que revistan características de un delito” (art. 200); cuando fija el contenido de la formulación de imputación señala como requisito la “Relación clara y sucinta de los hechos jurídicamente relevantes” (art. 288), fórmula que repite en el numeral 2 artículo 337 como requisito del contenido de la acusación, y luego, en los alegatos de conclusión, se exige pronunciamiento de los sujetos procesales sobre los supuestos fácticos y los posibles delitos.

Estas referencias normativas sólo persiguen, a manera de ejemplo, poner de presente la importancia de los dos factores, el primero que constituye el supuesto fáctico necesario para el adelantamiento de la acción penal, y el segundo, que desde el inicio mismo de la investigación penal y durante todo el proceso es necesaria la referencia normativa que constituye la única vía para legitimar el ejercicio de la acción penal en sus diversos estadios.

II. LA IMPUTACIÓN FÁCTICA COMO SUPUESTO NECESARIO DEL PROCESO

Para un adecuado tratamiento del tema, resulta necesario determinar qué debe entenderse por objeto del proceso, pues éste, en criterio de los doctrinantes, tiene dos aspectos importantes, uno objetivo que apunta a la conducta que se realizó, y otro subjetivo que tiene que ver con la persona a la cual se señala como autora o partícipe de su realización.

La determinación del aspecto objetivo es lo que le da dirección al proceso y aglutina y condiciona el sentido de todas las actuaciones que se llevan a cabo en la investigación y juzgamiento; tal como lo pregona MAIER: “El caso penal es el núcleo que concede sentido material a un procedimiento penal y a los múltiples actos que lo integran. Se trata, como hecho hipotético de la vida humana, de un acontecimiento histórico, de una acción que se imputa a alguien como existente o inexistente (omisión), esto es como sucedida o no sucedida en el mundo real, y sobre la base de la cual se espera

alguna consecuencia penal. El proceso penal tiene por misión, precisamente, averiguar este suceso histórico y darle una solución jurídico-penal”¹².

Las normas penales sustanciales no hacen más que recoger supuestos fácticos de conductas u omisiones de deber y elevarlos a la categoría de delitos, por manera que cuando se alude al objeto del proceso o caso penal, como lo llama MAIER, no se hace otra cosa que traducir una conducta penalmente tipificada para determinar si efectivamente tuvo ocurrencia y establecer la eventual responsabilidad penal por su realización; supuesto fáctico respecto del cual se traba una relación sustancial desde el momento en que se le formula la imputación en la audiencia respectiva. Ese hecho, como lo llama el legislador en el Código, debe ser el mismo que constituya el presupuesto fáctico de la acusación, en el caso de que esta se profiera, pues bien puede ocurrir que se precluya la investigación o se aplique el principio de oportunidad, por cuanto si la acusación versara sobre facticidad distinta, se estaría violando el debido proceso puesto que habría una acusación sin imputación previa con exclusión de la oportunidad para activar el derecho de defensa.

Nuestro Código de Procedimiento Penal es claro en exigir, en el escrito contentivo de la acusación que compete presentar al fiscal, no sólo la individualización de la persona acusada (aspecto subjetivo del objeto del proceso), sino también “Una relación clara y sucinta de los hechos jurídicamente relevantes, en un lenguaje comprensible”, tal como lo prevé el numeral 2 artículo 337; redacción que guarda alguna similitud con la del Estado de Puerto Rico que en el literal c) de la regla 35 exige del escrito de acusación “una exposición de los hechos esenciales constitutivos del delito, redactada en lenguaje sencillo, claro y conciso, y de tal modo que pueda entenderla cualquier persona de inteligencia común”¹³, fórmula mucho más elaborada pero que, como la nuestra, tiene como finalidad, entre otras, la de asegurar la comprensión de la misma por el acusado o cualquier persona, aspecto que no sólo facilita el derecho de defensa sino también el que se dé uno de los presupuestos para la publicidad del juicio en cuanto cualquier persona puede comprender cuál es el cargo por el cual se juzgará un ciudadano.

El supuesto fáctico como componente indispensable del denominado objeto del proceso cumple funciones de gran importancia que han sido enunciadas por MAIER; respecto de estas, el citado autor: a. Precisa, más o menos certeramente, los límites del conocimiento judicial y, sobre todo, de la sentencia, en homenaje a otro principio fundamental, el de asegurar una defensa idónea para el imputado; b. Designa el ámbito de aquello que es justiciable, la *litis pendencia* y, con ello, determina una de las aplicaciones prácticas, en nuestro derecho, del principio *ne bis in idem* comprendido

12 JULIO B. J. MAIER. *Derecho procesal penal*, t. II, Buenos Aires, Editores del Puerto, 2003, p. 23.

13 *Práctica forense puertorriqueña. Procedimiento criminal*, 1988.

como poder de clausura de una persecución penal sobre otras que pudieran versar sobre el *mismo hecho*¹⁴.

Bajo esta perspectiva, la resolución de acusación debe comprender los hechos que son jurídicamente relevantes, y estos deben ser no sólo los que constituyan el supuesto fáctico esencial de la conducta punible, sino también aquellas circunstancias a partir de las cuales puede derivarse agravantes o diminuyentes punitivas que deban ser objeto de pronunciamiento en la sentencia, sobre todo las primeras que apuntan al adecuado ejercicio del derecho de defensa, por lo cual no pueden ser tenidas en cuenta en la sentencia sin violar el debido proceso; por eso se ha dicho que “el objeto del proceso está integrado por el elemento esencial del hecho punible más los elementos accesorios que son todos aquellos que puedan implicar una modificación en la calificación jurídica como consecuencia de la estimación de una circunstancia modificadora de la responsabilidad”¹⁵.

No es fácil, pero resulta absolutamente necesario distinguir entre supuestos fácticos esenciales y aquellos que no lo son, pues los primeros son inmutables, porque hacen parte de la estructura del proceso acusatorio y producen los efectos señalados por la doctrina como son: en primer lugar, el condicionamiento judicial para referirse al asunto: el juez debe pronunciarse sobre el mismo en el sentido de absolver o condenar, y le está vedado hacer pronunciamientos sobre hechos esenciales no contenidos en la acusación, así se hubieran puesto en conocimiento durante el desarrollo del juicio oral; y, en segundo lugar, respecto de ese hecho esencial contenido en la sentencia se produce el efecto de la cosa juzgada, tal como aparece previsto en el artículo 29 C. N. que erige como garantía del ciudadano “no ser juzgado dos veces por el mismo hecho”.

La Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia, en relación con el cambio de calificación jurídica previsto en la Ley 600 de 2000, hizo un esfuerzo por distinguir entre supuestos fácticos esenciales y no esenciales cuando argumentó: “la imputación fáctica comprende la imputación subjetiva y la objetiva. La primera se puede modificar, no así la segunda en cuanto a sus *elementos esenciales*, ya que puede ser cambiada en cuanto a las circunstancias de tiempo, modo y lugar en que se cometió el acto. Por lo tanto, *lo intangible es el núcleo central de la imputación fáctica o conducta básica*”¹⁶.

La doctrina ordinariamente alude a los hechos esenciales y a los accesorios, para ubicar los primeros en la estructura del proceso y los segundos dentro del ejercicio adecuado del derecho de defensa en su manifestación de contradicción; es así como se

14 MAIER. Ob. cit., p. 26.

15 MÓNICA GALDANA PÉREZ MORALES. *Correlación entre acusación y sentencia en el proceso ordinario*, Granada, Edit. Comares, 2002, p. 25.

16 Corte Suprema de Justicia. Auto del 14 de febrero de 2002, rad. 1845, M. P.: JORGE E. CÓRDOBA POVEDA.

afirma: “Podemos considerar que si el juez decide y castiga con base en un elemento esencial del objeto del proceso distinto al planteado por las partes en la acusación, está vulnerando el principio acusatorio (y no el de contradicción) y ello, independientemente de que las partes tuvieran posibilidad efectiva de defenderse respecto al mismo, o la defensa planteada por ellas sirviera tanto a uno como a otro. En cambio, cuando el órgano jurisdiccional se desvincula de elementos que no son esenciales al objeto del proceso, no vulnera el principio acusatorio, pero puede vulnerar el principio de contradicción en cuanto no otorgue a las partes la posibilidad de manifestarse y defenderse respecto de dichos elementos”¹⁷.

La distinción es útil en cuanto ningún “hecho” nuevo de carácter esencial podrá agregarse durante el desarrollo del juicio oral y será inexistente cualquiera que se incorpore en los alegatos de conclusión por el fiscal o por los demás sujetos procesales, y la sentencia que los recoja adolecerá de nulidad por vulnerar el principio acusatorio que no permite que el fallo verse sobre hechos distintos a los esenciales de la acusación.

No dejan de ser problemáticos supuestos como el concurso material homogéneo, sucesivo o simultáneo, pues a pesar de que la Corte Suprema en alguna oportunidad no tuvo problema en condenar por concurso en supuesto donde no había hecho claramente la imputación en la resolución de acusación, hoy no debe olvidarse que cada uno de los hechos punibles tiene supuesto fáctico esencial distinto, por lo cual si no se hace la imputación fáctica completa ha de entenderse que no puede condenarse por la totalidad de los hechos, así haya una relación muy fuerte entre los distintos delitos que conforman el concurso homogéneo o heterogéneo, según el caso. Obviamente que el fenómeno de la cosa juzgada sólo operará respecto de los hechos juzgados.

Distintos, a nuestro juicio, son los problemas y las soluciones que pueden presentarse respecto del denominado “delito continuado” y “delito masa” a que hace alusión el parágrafo del artículo 31 de la Ley 599 de 2000, pues a pesar de presentarse pluralidad de supuestos fácticos, como en el concurso homogéneo y sucesivo, el efecto frente a la cosa juzgada es distinto, pues en el delito continuado los hechos que no fueron comprendidos en la resolución de acusación no pueden juzgarse luego separadamente, si se comparte la postura doctrinal de la ficción, vale decir, que el legislador considera que la pluralidad de comportamientos conforman un único delito con pena aumentada en una tercera parte.

Con base en los anteriores supuestos, podría válidamente complementarse en la etapa de juzgamiento adicionando comportamientos no incluidos en la resolución de acusación pero que sólo constituirían circunstancias respecto de las cuales lo im-

17 ANDREA PLANCHADELL GARGALLO. *El derecho fundamental a ser informado de la acusación*, Valencia, Tirant lo Blanch, 1999, p. 72.

portante es que se preserve el derecho de defensa; tanto es así que si en la resolución de acusación no se incluyó uno de los eventos que conforman el delito continuado, no por ello se pierde el supuesto fáctico que le da origen a la figura jurídica; por lo tanto, si el juez o las partes, durante el desarrollo del juicio y como consecuencia de las pruebas practicadas, advierten que hay un evento no incluido en la resolución de acusación, bien puede incorporarlo el fiscal posteriormente, y el juez tenerlo en cuenta en la sentencia. Igual acontece con el delito masa, por las mismas razones expuestas con relación al delito continuado.

Es igualmente posible que una sola imputación fáctica compleja corresponda a pluralidad de tipos penales, pero que en virtud de principios como el de la consunción, especialidad o subsidiariedad se invoque sólo un tipo penal, en cuyo caso el carácter esencial del hecho es doble, y bien puede subsistir uno y el otro ser desvirtuado en la etapa del juicio. La doctrina conoce, en primer lugar, los denominados tipos penales complejos, una de cuyas manifestaciones tiene que ver con las hipótesis en las cuales el legislador opta por integrar el tipo con una conducta que aparece autónomamente descrita, a la cual se le agrega un elemento nuevo, como ocurre, por ejemplo, con el delito de extorsión previsto en el artículo 244 de la Ley 599 que se integra con la conducta prevista en el artículo 182 –constreñimiento ilegal–, más el propósito de obtener un aprovechamiento económico, o bien puede originar esta clase de delitos cuando una conducta que aparece autónomamente descrita pasa a constituir circunstancia de agravación punitiva, como ocurre en el delito de hurto calificado (art. 240) que contiene en el numeral 3 el delito de violación de habitación ajena (art. 189).

En estos casos, si por ejemplo se desvirtúa el propósito de aprovechamiento económico, el juez bien podría condenar por el delito de constreñimiento ilegal pues constituye un presupuesto fáctico que se imputó y se debatió en el juicio oral; por lo tanto, no podría pensarse en que se vulneró ni el principio acusatorio ni el derecho de defensa; otro tanto ocurre en el hurto calificado por la introducción arbitraria en habitación ajena, pues desvirtuándose cualquiera de los presupuestos fácticos y subsistiendo el otro, el juez podría condenar por el no desvirtuado, sin comprometer el debido proceso.

III. LAS CIRCUNSTANCIAS JURÍDICAMENTE RELEVANTES QUE ACOMPAÑAN AL HECHO ESENCIAL

En la parte especial del Código se encuentran diversas clases de tipos penales, tales como los básicos, que ordinariamente corresponden a la descripción más amplia de conducta para la protección del bien jurídico tutelado, y es usual que no contengan en su descripción circunstancias: dentro de una buena técnica legislativa presiden la tutela del bien jurídico, y alrededor de ellos se aglutinan los demás tipos¹⁸ que son especiales o subordinados, en terminología del profesor REYES. Los básicos ordinariamente son tipos abiertos, es decir, descripciones escuetas de conductas sin circunstancias de comisión o con mención solamente del resultado¹⁹. Similar clasificación aparece

en ROXIN cuando afirma: “El legislador procede en muchos casos configurando los tipos delictivos en su forma más sencilla como delitos base o básicos, y creando, sin embargo, en conexión con ellos y añadiendo ulteriores elementos, derivaciones típicas o tipos derivados que o bien agravan (tipos cualificados) o bien atenúan (tipos privilegiados)”²⁰.

Los denominados tipos básicos no son muchos dentro del Código, pero contienen una descripción naturalística de conducta singularizada como comportamiento de la vida que son parte esencial de la imputación o la acusación y por lo tanto inmodificable dentro del decurso procesal; ese supuesto fáctico aparece desde la formulación de la imputación, será claramente enunciado en el escrito de acusación y a él, necesariamente, deberá referirse la sentencia; ejemplo paradigmático de dichos tipos básicos es el homicidio simple o el hurto. En cambio, los tipos especiales en su descripción recogen los supuestos fácticos del básico y agregan circunstancias de tiempo, modo o lugar, de manera que se aplican autónomamente, vale decir, con independencia del básico; los tipos subordinados se limitan a la descripción de circunstancias, por lo cual no pueden aplicarse sin el básico o especial del cual dependen.

Cuando el hecho narrado en la acusación corresponde a un tipo básico, constituirá el objeto del proceso y por lo tanto no puede ser modificado en el curso del juicio oral; su desconocimiento o la incorporación de nuevos hechos esenciales comprometerá la estructura acusatoria del proceso, tal como lo puntualiza buena parte de la doctrina al precisar: “Otros diferencian entre ambos institutos (principio acusatorio y derecho de defensa), al apreciar que el objeto del proceso penal es la persona imputada y el hecho en su esencialidad, pudiéndose en tal caso condenar por otros títulos de condena o circunstancias no alegadas, en tanto no se afecte la esencialidad del hecho. El derecho de defensa, sin embargo, exige la ilustración de las partes ante variaciones en la acusación no esenciales, aunque siempre dentro de la homogeneidad entre delitos”²¹. En términos similares la doctrina puertorriqueña puntualiza el carácter esencial del hecho cuando sin él la conducta no puede constituir delito y por tanto mal podría acusarse, pues en criterio de RESUMIL “todos los hechos que es necesario probar para hacer del acto un delito son sustanciales. La omisión de éstos, por tanto, constituye un defecto sustancial en el pliego acusatorio”²².

No ocurre lo mismo con los denominados tipos derivados en los cuales se describe nuevamente la conducta del básico y se agregan circunstancias –objetivas o subjetivas– apareciendo un tipo autónomo, vale decir que para su aplicación ya no depende del

18 ALFONSO REYES ECHANDÍA. *Obras completas*, t. 1, Bogotá, Edit. Temis, 1998, p. 426.

19 *Ibíd.*, p. 453.

20 CLAUS ROXIN. *Derecho penal. Parte general*, Madrid, Edit. Civitas, 1997, p. 338.

21 TERESA ARMENTA DEU. *Principio acusatorio y derecho penal*, Edit. Bosch, 1995, p. 67.

22 OLGA ELENA RESUMIL DE SANFILIPPO. *Práctica jurídica de Puerto Rico, derecho procesal penal*, Oxford, New Hampshire, Butterworth Legal Publishers, 1993, p. 37.

básico, o sencillamente la norma sólo describe circunstancias que atenúan o agravan la pena prevista en el tipo del cual depende para su aplicación.

Bajo esta perspectiva podemos distinguir en forma clara cuáles de los supuestos fácticos contenidos en la resolución de acusación son esenciales y cuáles son accesorios, pues los primeros corresponderán al tipo básico y el fiscal será el único competente para fijarlos en ejercicio constitucional y legal de la acción, sin que puedan las partes o el juzgador desconocerlos o agregar otros, porque se estarían arrogando un rol que le ha sido asignado con exclusividad al fiscal dentro de la estructura constitucional del proceso; pero bien pueden en el decurso del juicio aparecer supuestos fácticos que fundamenten la posible aplicación de una norma que incida sobre la punibilidad –disminuyéndola o agravándola–, en cuyo caso ni a los sujetos procesales ni al juez les estaría vedado tenerlas en cuenta en el momento de los alegatos de conclusión o en la sentencia, siempre y cuando el derecho de defensa haya tenido oportunidad de ejercerse de manera plena.

Lo anterior no quiere decir que el fiscal sólo esté obligado a consignar en la resolución de acusación los supuestos fácticos esenciales; no, por el contrario, el escrito debe contener la narración de todos “*los hechos jurídicamente relevantes*”, tal como lo señala la norma del Código, y obviamente que lo son las circunstancias, temporales, espaciales o modales, que tienen alguna significación en materia de punibilidad, y principalmente aquellas constitutivas de los denominados por algunos “tipicidades derivadas” o tipos especiales y subordinados. Probablemente ocurrirá que en la praxis judicial, en la mayoría de los procesos, los supuestos fácticos esenciales y accesorios enunciados en la resolución de acusación no serán objeto de mutación en el curso del juicio oral, pero ello no convierte en inocuas las soluciones jurídicas que deben preverse en el excepcional caso de que aparezcan.

De los “*hechos jurídicamente relevantes*” no esenciales que debe contener la resolución de acusación también hace parte el denominado *tipo subjetivo*, pues tal como lo señala la doctrina “el objeto del proceso penal se encuentra integrado por *hechos*, entendiéndose por tales todas aquellas cuestiones físicas o psíquicas cuya determinación constituye un dato de interés para el proceso penal y que siendo anteriores e independientes a toda valoración jurídica, permitirá obtener luego una representación de la realidad, susceptible de ser valorada jurídicamente a través del proceso penal”²³; de manera clara lo señala CHIESA cuando escribe que “la acusación debe incluir todos los elementos del delito, incluyendo los elementos subjetivos del tipo; de lo contrario la acusación es insuficiente”²⁴. Bajo esta perspectiva es importante anotar, que, igualmente, hace parte de los supuestos fácticos que debe contener la resolución de

23 ANTONIO MARÍA LORCA NAVARRETE. *Derecho procesal penal*, Madrid, Edit. Tecnos, 1988, p. 154.

24 ERNESTO L. CHIESA APONTE. *Derecho procesal penal de Puerto Rico y EE. UU.*, Bogotá, Edit. Forum, 1995, p. 99.

acusación la forma concreta de intervención del acusado en la conducta punible, vale decir, si su situación, en criterio del fiscal, responde a una *coautoría o participación*, pues ello representa un tratamiento diverso en materia de punibilidad, y por lo tanto hace parte del derecho de defensa.

En conclusión, los hechos jurídicamente relevantes narrados en el escrito de acusación, más las correcciones que se hagan en la audiencia de formulación de acusación y que sean incorporadas por el juez (num. 1 art. 343), constituyen el marco que orientará y definirá las decisiones sobre las pruebas que se pretenda hacer valer y alrededor de las cuales girará el ejercicio de contradicción.

IV. MOMENTO PROCESAL EN EL CUAL SE PUEDEN ADICIONAR HECHOS NO CONTENIDOS EN LA ACUSACIÓN O SUPRIMIR ALGUNOS CONTEMPLADOS EN ELLA

Con la aclaración obvia de que sólo nos referimos a hechos accesorios, vale decir, no esenciales, nos parece que hay dos momentos en los que puede adicionarse hechos no contenidos en la acusación o suprimirse por el fiscal alguno de los narrados en ella, siempre y cuando con ello no se comprometa el derecho de defensa. El primer momento procesal ocurre antes del inicio del debate oral cuando es obligatorio para el fiscal presentar la teoría del caso y en cambio se permite la discrecionalidad de la defensa que bien puede abstenerse de hacerlo, de conformidad al artículo 371 de la Ley 906 de 2004. La formulación de la teoría del caso implica tres aspectos principales presentados como pretensión: *los hechos penalmente relevantes* que la parte aspira a probar, los cuales no pueden ser distintos a los esenciales narrados en la resolución de acusación, *las pruebas que utilizará para convencer al juez*, y *la calificación jurídica que a esos hechos corresponde*²⁵.

En el primer aspecto de la teoría del caso es donde pueden adicionarse hechos no esenciales o accesorios que influyan en la punibilidad, por ejemplo, el estado de indefensión cuando se trate de un delito de homicidio, la confianza depositada en el agente cuando se juzgue un hurto agravado o el tipo subjetivo doloso cuando en la resolución de acusación se hubiere estimado como preterintencional o culposo; pero también es posible esbozar hechos que favorezcan al imputado, tales como el estado de ira e intenso dolor causado por grave e injusta provocación, el exceso en una causal de justificación o cualquier otra diminuyente punitiva no narrada en su aspecto fáctico en la resolución de acusación pero que en criterio de uno de los sujetos procesales se estima que concurre.

25 Cfr. *Técnicas del juicio oral en el sistema penal colombiano, lecturas complementarias*, documento elaborado por Checchi and Company Consulting Colombia, 2003, pp. 103 y ss.

Cuando en la teoría del caso se introducen hechos que constituyan presupuestos fácticos de una agravación punitiva, en principio se ha de entender que será suficiente la actividad probatoria que se lleva a cabo en el juicio oral para ejercer una adecuada defensa, a través del contrainterrogatorio o contradicción de la prueba con la cual una de las partes pretende acreditar la modificación del presupuesto no esencial contenido en la resolución de acusación; pero en aras de garantizar plenamente el derecho de defensa, ante la nueva situación, el juez podría permitir a la otra parte, excepcionalmente, el aporte de una prueba para desvirtuar el nuevo supuesto siempre y cuando este implique una mayor punibilidad para el acusado; pues cuando de diminuyente se trata, el fiscal debe estar preparado para estas eventualidades que sólo constituyen el ejercicio de los mecanismos normales que la defensa hace valer dentro del proceso, porque con un argumento *a fortiori*, si puede obtener la absolución, con mayor razón podrá alegar causales atenuantes, sin que ello implique vulneración al debido proceso sino simplemente el ejercicio del derecho de defensa. La decisión que tomaría el juez para darle la excepcional oportunidad a la defensa de aportar pruebas durante el juicio oral para desvirtuar el *hecho nuevo no esencial que agrava la punibilidad*, se basaría en instrumentos internacionales, en especial en el literal b) numeral 3 artículo 14 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, y las garantías judiciales señaladas en los literales b) y c) artículo 8.º de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, que establecen la necesidad de otorgar al acusado el tiempo y los medios adecuados para su defensa, normas plenamente aplicables en virtud del denominado bloque de constitucionalidad ampliamente discutido y desarrollado por la Corte Constitucional con base en el artículo 93 C. N. que los incorpora a la legislación interna²⁶.

La solución planteada se aviene plenamente con el desarrollo lógico del proceso, pues deben ser objeto de consideración por las partes y por el juez no solamente los hechos esenciales sino también todos los no esenciales que resulten jurídicamente importantes para la adecuada solución de justicia, y cuando aparecen en el decurso del juicio oral, si se trata de los primeros no pueden ser parte del objeto del proceso, por lo cual respecto de ellos sólo es procedente la compulsación de copias para que se investigue, mientras los no esenciales, como harán parte de la cosa juzgada, deben incorporarse al objeto procesal y brindársele la oportunidad a quienes intervienen en juicio para que ejerzan los derechos de contradicción de que son titulares.

V. CONGRUENCIA FÁCTICA Y JURÍDICA

Es indudable que la sentencia de carácter penal necesariamente debe referirse a los hechos jurídicamente importantes consignados en la acusación, también a aquellos

26 Cfr. RODRIGO UPRIMNY YEPES. “Bloque de constitucionalidad, derechos humanos y nuevo procedimiento penal”, en *Reflexiones sobre el nuevo sistema procesal penal*, Bogotá, Consejo Superior de la Judicatura, 2004, pp. 54 y ss.

que de manera excepcional hubiesen sido agregados en la etapa del juicio oral y constituyan circunstancias modificadoras de la responsabilidad, siempre y cuando respecto de ellos se hubiera tenido oportunidad de ejercer el derecho de defensa.

El artículo 448 de la Ley 906 de 2004, bajo el *nomen iuris* de “congruencia”, dispuso que “el acusado no podrá ser declarado culpable por hechos que no consten en la acusación, ni por delitos por los cuales no se ha solicitado condena”, norma que establece dos parámetros: en primer lugar, los hechos fácticos esenciales, sobre los cuales debe versar no sólo la sentencia condenatoria sino el pronunciamiento judicial definitivo, en la medida en que constituye el objeto del proceso y respecto de él se produce el fenómeno jurídico de la cosa juzgada. Del texto de la norma pareciera deducirse que después de la resolución de acusación no es posible adicionar hechos no esenciales como circunstancias que incrementan la responsabilidad, pero, en nuestro criterio y por las razones que anteriormente se expusieron, de las pruebas que se practican en el juicio oral bien pueden resultar hechos nuevos no constitutivos de delito sino modificadores de la responsabilidad los cuales han de anunciarse en la teoría del caso, o recogerse en los alegatos de conclusión y en últimas en la sentencia.

El segundo aspecto previsto en el artículo 448 implica que hace parte de la congruencia la prohibición para el juez de condenar por delitos por los cuales no se haya solicitado, limitación que constituye una atadura propia del sistema acusatorio anglosajón y se explica porque en esos sistemas la fiscalía, además de ejercer el monopolio de la pretensión penal, goza de plena discrecionalidad para disponer de la acción penal con carácter vinculante para el juez, por lo cual el juzgador no puede ir más allá de lo propuesto por el ente acusador. Así se explican instituciones procesales como el principio de oportunidad sin control judicial, las negociaciones preacordadas o la denominada *plea bargaining* que de manera general tampoco tiene control judicial²⁷.

Para algunos autores el nuevo Código consulta una estructura eminentemente del sistema anglosajón; otros, con cuidadosos y sólidos argumentos sostienen que tiene afinidad con los denominados sistemas continentales, pero sobre todo debe atenderse nuestro sistema constitucional de Estado social de derecho que sirve de fuente a las nuevas instituciones. BARBOSA CASTILLO, integrante de éstos últimos, expresa: “En Colombia, el tenor literal de la Ley 906 de 2004 podría hacer pensar que en este sentido la nueva legislación se semeja más a los procedimientos anglosajones que a los continentales, pero nuevamente es necesario insistir en que el punto de referencia para llegar a una conclusión de esta naturaleza no pueden ser simplemente las reglas del estatuto procesal, sino que debe mirarse también hacia el bloque de constitucionalidad”²⁸.

27 LUIS ALFREDO DE DIEGO DíEZ. *Justicia criminal consensuada*, Valencia, Tirant lo Blanch, 1999, p. 65.

Entre nosotros, la limitación del juez para condenar cuando se pide absolución, no deviene de norma constitucional alguna pero sí aparece claramente prevista en el artículo 448 de la Ley 906 de 2004, disposición que suscitará dudas sobre su exequibilidad, pues una vez practicadas las pruebas en el juicio oral, será al juez a quien le corresponda apreciar la responsabilidad del acusado, y los alegatos de conclusión del fiscal sólo constituirán la formulación de su pretensión, sin carácter vinculante para quien debe proferir el fallo con base en la acusación y la prueba practicada en el juicio oral.

Bien puede ocurrir que el fiscal solicite la absolución en eventos en los cuales de la prueba practicada en el juicio oral se deduzca claramente la responsabilidad del acusado por los hechos, más allá de la duda razonable, situaciones en las cuales, a pesar de la postura de la fiscalía, el juez debe abstenerse de aplicar el mandato normativo y condenar. Las razones de esta postura son las siguientes:

1. El artículo 2.º C. N. señala como uno de los fines esenciales del Estado asegurar la vigencia de un orden justo, lo cual apunta a remover todos los obstáculos que impidan la realización de la justicia material como efectividad de los principios consagrados en la Carta Política y hace necesario que se adopten medidas para combatir la impunidad²⁹.

La Corte Constitucional ha discurrido sobre la finalidad del proceso y en especial el penal, en postura que es compatible con el nuevo acto legislativo porque responde a los valores constitucionales, en términos como: “el objetivo de todo proceso, en especial los que se inician en materia criminal, es el de esclarecer lo acontecido, para administrar justicia con apoyo en la verdad real y en la convicción razonada de quien resuelve. De lo cual se desprende que el funcionario o corporación a cuyo cargo se encuentra la decisión final debe estar en condiciones de modificar, parcial o totalmente, las apreciaciones con base en las cuales se dio principio al proceso”³⁰.

2. La regla general es la obligatoriedad de la fiscalía para ejercer la pretensión penal cuando advierta que existen hechos que puedan constituir delito, sin que pueda renunciar a ello, salvo el principio de oportunidad, tal como lo establece el artículo 2.º del Acto Legislativo 03 de 2002, y el único presupuesto realmente vinculante para el juez de conocimiento es la presentación del escrito de acusación (num. 4 *ibíd.*).

Bajo esta perspectiva, no sería una postura constitucionalmente afortunada la del fiscal que pidiese la absolución a pesar de existir la prueba necesaria para condenar

28 GERARDO BARBOSA CASTILLO. “Estructura del proceso penal, aproximación al proceso penal colombiano”, en *Reflexiones sobre el nuevo sistema procesal penal*, Bogotá, Consejo Superior de la Judicatura, 2004.

29 Corte Constitucional. Sentencia C-228 de 2002, M. P.: MANUEL JOSÉ CEPEDA ESPINOSA y EDUARDO MONTEALEGRE LYNETT.

30 Corte Constitucional. Sentencia C-491 de 1996, M. P.: JOSÉ GREGORIO HERNÁNDEZ GALINDO.

por uno o más delitos, pero sería aún mayor el desconocimiento a las normas y valores constitucionales si el juez de conocimiento no pudiera hacer cosa distinta a la de aceptar incondicionalmente la solicitud de la fiscalía. No debe olvidarse que no se trata de una pretensión particular de la cual el acusador pueda disponer libremente, sino del ejercicio de una competencia constitucional y legal que ha de ejercerse con sujeción estricta a la ley.

3. El principio rector de la imparcialidad previsto en el artículo 5.º CPP es claro en disponer que “los jueces se orientarán por el imperativo de establecer con objetividad la verdad y la justicia”, norma que prevalece sobre cualquier otra disposición tal como lo prevé el artículo 26 *ibídem*, y sería absurdo sujetar el sentido de la sentencia a la petición de uno de los sujetos procesales de quien ni siquiera se exige la imparcialidad que el principio rector reclama.

4. El nuevo proceso penal está orientado para que sea el juez quien profiera o tenga el control de las decisiones que pongan fin a la acción penal, y se le otorga un poder de decisión, independientemente del sentido de la petición del fiscal; así ocurre con el archivo y preclusión de la investigación (art. 78 CPP) para el cual es competente el juez de conocimiento por tratarse de una decisión eminentemente judicial, argumento que se esgrimió por la Corte para declarar inexecutable la norma que daba competencia a la fiscalía para archivar³¹; otro tanto sucede con el control judicial del principio de oportunidad (art. 327), y también en tratándose de los preacuerdos y negociaciones (arts. 343 num. 2, 350, 351 y 369), eventos en los cuales el juez controla el sentido de la decisión y la fiscalía, como sujeto procesal, se limita a realizar la petición correspondiente.

Con un argumento *a fortiori*, se podría concluir que si el juez en los anteriores eventos de terminación anticipada del proceso es quien determina el sentido de la decisión y por tanto es quien por medio de un acto jurisdiccional estima que no es procedente el archivo y la investigación debe continuar, con mayor razón es a él a quien le corresponde en la sentencia definir la responsabilidad del acusado con base en las pruebas que en su presencia se han practicado, y en esa tarea las partes, en ejercicio del derecho de contradicción, someten su criterio al juez en virtud de los alegatos de conclusión.

5. Tampoco el derecho continental permite la desaparición del acto de acusación por parte de la fiscalía, pues una cosa es que se solicite sentencia absolutoria y otra muy distinta hacerlo con efectos vinculantes para el juez, pues este es en últimas quien decide sobre la suerte de la acusación en el fallo; por ello se dice por parte de la doctrina que “no cabe atribuir efectos vinculantes a la nueva consideración acerca de la no punibilidad del hecho o de la inexistencia de responsabilidad que frente a él

31 Corte Constitucional. Sentencia C-591 de 2005, M. P.: CLARA INÉS VARGAS HERNÁNDEZ.

pueda atribuírsele al acusado”³², pues la acusación ya desplegó sus efectos para dar lugar al juicio oral.

VI. LA CALIFICACIÓN JURÍDICA

Como se sostuvo anteriormente, la circunstancia de que se exija en la acusación la relación de los hechos jurídicamente relevantes implica la obligación de hacer la tipificación del comportamiento, pero ello no es vinculante para el juez, que bien puede hacer su propia tipificación de los hechos, con tal de que no comprometa el derecho de defensa.

La doctrina española considera que el juez no está vinculado por la calificación jurídica dada en la resolución de acusación, pues “en el proceso penal rige también la máxima *iura novit curia*, por lo que, en principio, la doctrina manifiesta que el tribunal no queda vinculado por la calificación jurídica que hagan las partes, aplicando a los hechos las normas jurídicas que entienda pertinentes; por tanto el tribunal podrá modificar la calificación jurídica sustentada por la acusación siempre y cuando la nueva subsunción jurídica del hecho corresponda a normas tuteladoras de bienes jurídicos homogéneos”³³.

Otro profesor español, con apoyo en la jurisprudencia del tribunal constitucional, ha insistido en que no es vinculante para el juez la calificación jurídica dada a los hechos en la acusación cuando expresa: “Es admitido sin excepción por la doctrina que el dato de la calificación jurídica del hecho imputado no puede ser reputado como un elemento esencial de la pretensión punitiva por lo que no supondrá vinculación alguna para el tribunal ni servirá como tal a efectos de individualizar el objeto procesal. Así pues, el órgano judicial es libre para enjuiciar jurídicamente el hecho en la manera que considere más apropiada y, en principio, no encontraría ninguna limitación para tal labor. Como sostiene GOLDSCHMIDT, esta inexistencia de deber alguno de coincidencia con la fundamentación jurídica de la pretensión no es una manifestación del inquisitivo, sino simple consecuencia de la vigencia de los principios *iura novit curia* y *da mihi factum et ego ibi ius*”³⁴.

En nuestro ordenamiento jurídico no existe una norma que obligue al fiscal a realizar la tipificación de la conducta en el escrito de acusación, pero es obvio, tal como se puntualizó anteriormente, que debe hacerlo para cumplir con el requisito de escoger los hechos jurídicamente relevantes; en cambio el artículo 443 ordena al fiscal que

32 PÉREZ MORALES. Ob. cit., p. 29.

33 LORENZO M. LUJOSA VADEL. “Principio acusatorio y juicio oral en el proceso penal español”, en *Derecho penal contemporáneo*, n.º 9, octubre-diciembre 2004, Bogotá, Legis, p. 78.

34 JOSÉ MARÍA ASENCIO MELLADO. *Principio acusatorio y derecho de defensa en el proceso penal*, Madrid, Edit. Trivium, 1991, p. 89.

en el alegato de conclusión *tipifique de manera circunstanciada la conducta por la cual ha presentado la acusación*, sin que esto sea vinculante para el juez que debe proferir la sentencia, pues así como lo hace el fiscal por disposición normativa, también el Ministerio Público, el representante de las víctimas y la defensa pueden hacerlo de manera coincidente o distinta a como lo hace fiscal, sin que ninguna de las propuestas sea vinculante para el juez; aspecto que en forma similar fue expuesto por la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia en auto del 14 de febrero de 2002, anteriormente citado.

En nuestro ordenamiento jurídico tampoco existe norma que condicione al juez a la calificación jurídica que hace el ente acusador, pues si bien es cierto debe hacer la tipificación del hecho como mecanismo para cumplir con el requisito de su relevancia jurídica, esto no implica que el juez esté vinculado por ella, sólo lo estará por el presupuesto fáctico esencial.

Las soluciones deben avenirse con nuestra Constitución Política y no sujetar la interpretación de la norma a un sistema determinado –anglosajón o continental–, pues nuestra Corte Constitucional y la reciente jurisprudencia de la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia a la cual se hizo referencia al comienzo de este escrito, permiten el manejo de la calificación jurídica por el juez, sólo condicionado a que si de circunstancias agravantes o de tipos especiales agravados se trata, se respete el derecho de defensa, para lo cual ha debido discutirse el presupuesto fáctico y darle la oportunidad a la parte para que pueda ejercer el derecho de contradicción.

La conclusión en relación con este concreto punto es que la calificación jurídica de los hechos no puede hacerse por una de las partes de manera vinculante para el juez, sino que en esta materia impera el principio universal *iura novit curia*, vale decir que es al juez a quien le corresponde, en últimas, la calificación jurídica de los hechos –esenciales y accesorios– que han constituido el objeto del proceso.

